

Schluss: Die Politik der Form

In der transnationalen Konstellation müssen sowohl das Objekt als auch das Medium der Demokratie anders konzipiert werden. Weder kann Herrschaft länger als einheitlicher Gegenstand *der* demokratischen Legitimation, noch kann Recht weiterhin als einheitliches Mittel *zur* demokratischen Legitimation vorgestellt werden. Ich habe mich auf den Formwandel des Rechts konzentriert, denn das Problem ebenso wie das Potential der Demokratie in der transnationalen Konstellation ist auch und vor allem ein rechtsstrukturelles. Das bedeutet, dass eine geeignete Analyseperspektive auf das Verhältnis von Recht und Demokratie von etatistischen Ansätzen konsequent abstrahieren muss. Und zwar so, dass sie nicht nur die Zerfaserung von Herrschaft registrieren, sondern auch aufzeichnen kann, dass das Recht nicht mehr nationalstaatlichen Vorstellungswelten entspricht. Erst eine solche Perspektive kann erfassen, inwiefern das Recht als Medium der Demokratie tiefgehenden Wandlungsprozessen unterworfen ist und dadurch die Problematik demokratischer Legitimation angemessen erklären und bewerten.

Es sind dabei zwei Thesen, die diese Studie angeleitet haben. Die erste These bezieht sich auf den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung, die zweite These auf die Bedingungen dieses Zusammenhangs in der transnationalen Konstellation. Ihre Schnittstelle bildet der titelgebende Begriff der *Entgrenzungsformen*. Er soll die Techniken erfassen, die transnationales Recht formieren und so das Potential demokratischer Befähigung in der Form von rechtlichen Teilhabemöglichkeiten bedingen. Ich möchte zum Schluss die vorausgegangenen Überlegungen auf eine Weise – und erneut thesenhaft – zusammenfassen, die eben diese Schnittstelle noch einmal akzentuiert.

Zwischen Berechtigung und Befähigung muss unterschieden werden. Zwischen Berechtigung und demokratischer Befähigung besteht kein notwendiger Zusammenhang. Auch in rechtsstaatlichen Kontexten sind Rechte nicht einfach als Rahmen der Demokratie zu hypostasieren. Vielmehr kann und muss zwischen der Gewährleistung von Rechten und der Gleichverteilung der Möglichkeiten, an der Rechtserzeugung teilzunehmen, unterschieden werden. Egalitär können diese Möglichkeiten dann heißen, wenn sie nicht von spezifischen gesellschaftlichen Rollen oder Zugehörigkeiten abhängig sind. Der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung ist demnach von rechtsförmigen Operationen abhängig, die eine solche generische Verteilung fundamentaler Rechte erzeugen. Deshalb kann dieser Zusammenhang auch unter Bedingungen eingerichtet werden, die den Prämissen des demokratischen Rechtsstaates widersprechen. In der transnationalen Konstellation betrifft dies insbesondere

die Vorstellung, dass Recht und Herrschaft jeweils Einheiten bilden und somit durch ein inklusives Verfahren der Gesetzgebung miteinander verbunden werden können. Von der Legalität der Herrschaft kann aber nicht mehr die Rede sein, wenn das Recht, wie es in der transnationalen Konstellation der Fall ist, aus einer Mehrzahl von miteinander verstrickten Legalitäten besteht. Es sind die konkreten Entgrenzungsformen, die diese Verstrickungen prägen *und auf diese Weise* auch über den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung entscheiden.

Rechte können als Medium demokratischer Repräsentation fungieren. Anstatt das Prinzip der Volkssouveränität entweder vorauszusetzen oder aufzugeben, ist die demokratische Funktion der Rechte besser so zu verstehen, dass sie den Selbstsetzungen der Herrschaft die uneingelöste Forderung der Gleichberücksichtigung entgegen wendet. Diese Setzungen können die Herrschaft des Volkes betreffen, aber auch, und das bereits im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates, die Selbstermächtigung von weiteren bestimmten Singularitäten (die Herrschaft der nationalen Sicherheit, der Entfaltung des Marktes etc.). Rechte sind ein Mittel, die Substanz der Herrschaft egalitär zu »leeren«. Sie stellen also ein Medium demokratischer Repräsentation dar, weil und insofern sie einen formalen Anspruch der Gleichheit gegen die Verallgemeinerungen der Herrschaft wenden und diesen Anspruch zugleich erst konstituieren. Von entscheidender Bedeutung für dieses Potential ist weder der Inhalt spezifischer Rechte noch die Verfahren und Institutionen, die sie konkretisieren und anwenden, sondern die Position der Rechte als der »letzte Bezugsrahmen« des Rechts (Lefort). Diese Position ist aber nicht selbstverständlich. Auch innerhalb des Rechtsstaates findet sich vielfach eine Stratifizierung der Rechte, die jene demokratische Forderung der Gleichberücksichtigung verletzt. Jedoch können Rechte hier zumindest potentiell als Fundament oder Spitze eines einheitlichen, stufenbauförmigen Rechts konzipiert und prozessiert werden. Hingegen ist die *Begründung* der Rechte, also deren Fundamentalisierung, in der transnationalen Konstellation von den Techniken abhängig, die die normativen Verstrickungen transnationaler Rechtserzeugung einrichten und prägen – also als Entgrenzungsformen wirken.

Der Standpunkt der Verfassung ist in der transnationalen Konstellation entfallen. In der transnationalen Konstellation kann am Bild des Verfassungsstaates und der Idee zweistufiger Legalität nicht länger festgehalten werden. Das verkennen die Beobachtungen eines globalen Konstitutionalismus, die weiterhin der Vorstellung hierarchischer (exklusiver) Ableitungsbeziehungen verhaftet sind und unter Konstitutionalisierung die Konkretisierung eines Standpunktes übergreifender Normen und Prinzipien verstehen. Dementgegen ist jedoch anzuerkennen, dass das Recht der transnationalen Konstellation aus den Verflechtungen unterschiedlicher Rechtsnormen, -schichten oder -ordnungen besteht. Es entsteht

mit und erhält sich aufrecht durch die Überschreitung der festgesteckten Grenzen des *Rechts der Rechtsordnung*. Es besteht, aus der Perspektive der einzelnen Ordnung, aus Vorgängen der Entgrenzung, in deren Zuge sich Rechtsordnungen füreinander öffnen und miteinander verschränken. Transnationales Recht ist somit eine andere Weise der Erzeugung rechtlicher Normativität. Deshalb ist die Idee der Selbstgesetzgebung rechtlich haltlos geworden und gibt es die Verfassung in der transnationalen Konstellation nur noch in der Mehrzahl, als ein spezifischer Ausdruck dieser vielfältigen Verstrickungen und Verknüpfungen des *Rechts der Regime*. Verfassung ist also nicht entlang einer hierarchischen Konzeption der Rechtsgeltung zu verstehen, die den Anspruch erhebt, die Produktion von Recht insgesamt zu regeln. Dass sich die Rahmenmetapher als unzulänglich erweist, bedeutet aber nicht, dass Verhältnisse des normativen Vorranges ausgeschlossen sind. Das Problem der Verfassung ist hier das Problem der Vermittlung, also die Aufgabe, die normativen Interaktionen zu normieren und auf Dauer zu stellen, die für das Recht der transnationalen Konstellation wesentlich sind. Die unterschiedlichen Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus können diese »Verfassung der Vermittlung«¹ aufzeichnen und richten dazu das Augenmerk auch auf die Techniken, die jene Interaktionen und darüber die Herausbildung von partikularen Verfassungsstrukturen anleiten.

Konstitutionalisierung ist eine Frage der Form, nicht der Haltung. Zugleich bleiben die prägenden Wirkungen dieser Entgrenzungsformen aber unterbelichtet. Die rechtspluralistischen Konzeptionen zielen auf die Bereitschaft zur Selbstbegrenzung und auf eine Ethik der Responsivität ab. Der irreduzible Pluralismus normativer Gemeinschaften oder funktional differenzierter Rechtsregime bildet dabei Anfang und Ende der Analyse. Die vielfältigen Verstrickungen des Rechts können und sollen diesen Ansätzen zufolge nicht durch ein territoriales Modell staatlicher Souveränität oder ein konstitutionelles Modell der Rechtseinheit überwunden werden. Die Entgrenzung des Rechts wird begrüßt und soll forciert werden, ohne dass aber der Blick auf das Binnengeschehen der normativen Interaktionen gerichtet wird. Der politische Gehalt der eingesetzten Vermittlungstechniken bleibt außen vor – es wird nicht danach gefragt, wie sich Verfassungsstrukturen herausbilden und auf welche Weise sie die Interaktionen formieren, aus denen sie hervorgegangen sind. Verfassungsfragen sind jedoch immer auch politische Fragen, und so klafft in der Debatte um das Verständnis und die Implikationen der transnationalen Verfassung eine Lücke, die gleichsam deren Herzstück betrifft. Man muss deshalb die Ethiken der Selbstbegrenzung und Responsivität nicht zurückweisen, aber, um ihre konstitutionalisierenden Wirkungen bewerten zu können, die Entgrenzungsformen der transnationalen

1 Siehe dazu *Kapitel 3*.

Konstellation in den Blickpunkt rücken. Gerade darin besteht der Beitrag einer nicht-etatistischen Beschreibung und Kritik transnationaler Rechtserzeugung. Denn nicht *dass*, sondern *wie* Entgrenzung passiert, ist von entscheidender Bedeutung für die Verfassung(en) der transnationalen Konstellation – für die Form der Entgrenzung. Die Techniken, die jene normativen Verstrickungen determinieren, erscheinen als ein bloßes Instrument der Vermittlung. Sie sind aber aufgrund der formierenden Wirkungen, die sie als Techniken charakterisieren, eminent politisch.

Für Rechte gilt nicht: je mehr, desto besser. Die Position und damit die demokratische Funktion der Rechte kann nicht über die materiellen Folgen der normativen Verflechtungen beschrieben werden. Daher können sich die Grenzen demokratischer Befähigung gerade auch an der Ausweitung von Rechten zeigen. (Wiederum gilt also, dass zwischen Berechtigung und Befähigung unterschieden werden muss.) So hat sich zum Beispiel das Regime des internationalen Investitionsschutzes in den vergangenen Jahren durchaus gegenüber »externen« normativen Ansprüchen, insbesondere den Normen des internationalen Menschenrechtsschutzes, geöffnet. Es wäre deshalb verkürzt, schlicht von einer fehlenden Integration der Menschenrechte zu sprechen. Diese Interaktionen zwischen Menschenrechts- und Investitionsschutz haben sich maßgeblich anhand der Entgrenzungsform der Verhältnismäßigkeit entfaltet. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip fragt danach, wie weit eine Rechtsposition angesichts einer Vielzahl anderer möglicherweise relevanter Interessen reichen darf. In dieser Hinsicht drückt die Verhältnismäßigkeit zwar eine Haltung der Responsivität aus. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist aber aufgrund seiner intrinsischen Eigenschaften – also unabhängig von der richtigen oder falschen Verwendung im Einzelfall – unfähig dazu, die Position fundamentaler Rechte zu operationalisieren und kann dadurch Gleichberechtigung weder abbilden noch einrichten. Die Ausweitung der (Menschen-)Rechte kann sich somit selbst unterlaufen, sobald sie nicht als Formalisierung von gleichen Teilhabemöglichkeiten, sondern als ein situatives Verhältnis von materiellen Ansprüchen relevant wird.

Die Entgrenzungsform der Verhältnismäßigkeit ist in der Lage, konkurrierenden normativen Forderungen im Einzelfall Berücksichtigung zu verschaffen und die Legitimitätskrise des Investitionsschutzes abzufedern. Sie kann die Verschränkung unterschiedlicher Rechtsordnungen forcieren. Zugleich ist die Verhältnismäßigkeit aber ungeeignet, die alleinige Ausrichtung des Investitionsschutzes an ökonomischen Interessen rechtlich zu durchbrechen, denn Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte müssen sich jeweils, unter den Umständen des konkreten Falles, gewichtiger erweisen als der Schutz der Investor:innenrechte. Eine solche Analyse spezifischer Entgrenzungsformen scheint von nur mikroskopischer Bedeutung zu sein im Vergleich mit den weit ausgreifenden Auseinandersetzungen zwischen ökonomischer Rationalität, staatlicher

Souveränität und demokratischer Solidarität, die sich um dieses Rechtsgebiet drehen. Doch anstatt aus unterschiedlichen Richtungen Politik gegen Recht auszuspielen, müssen unter den Bedingungen transnationaler Rechtserzeugung gerade diese spezifischen Vermittlungstechniken und deren Implikationen für die (Neu-)Verfassung des Investitionsschutzes betrachtet werden. Um dieses Problem noch einmal plastischer zu machen: Die Konzentration allein auf die Expansion der Menschenrechte, die durch soziale Bewegungen und politische Kämpfe erfolgreich vorangetrieben wurde, kann diese Formierungen nicht in den Blick bekommen. Denn welche Möglichkeiten mit der Ausweitung der Rechte verbunden sind, diese Frage kann in der transnationalen Konstellation nur aus der Perspektive normativer Interdependenz, und nicht von einzelnen Rechten ausgehend, sinnvoll beantwortet werden.

Notwendig ist eine Politik der Form. Entgrenzungsformen sind politisch, weil sie den Prozess transnationaler Rechtserzeugung formieren. Nötig ist deshalb eine Politik der Form. Denn entgegen souveränitätszentrierter Projektionen, die die Einheit von Recht und Herrschaft zu rehabilitieren suchen, ist die Demokratisierung der transnationalen Konstellation auf ein poröses Recht einzustellen, dessen Grenzen sich als durchlässig erweisen. Die Entgrenzung des Rechts und die Techniken der Vermittlung divergierender Rechtsordnungen sind ein grundlegendes Merkmal dieser Konstellation. Deshalb muss die Politik der Form (und dazu gehört auch, den Verzicht auf die Form selbst als eine Politik der Form zu verstehen) über eine Kritik am »Mindset« der Rechtsexpert:innen hinausreichen. Debattenbeiträge, die sich dieser Frage der Entscheidungskultur widmen, fassen den Prozess transnationaler Rechtserzeugung als Reihe von Urteilsgelegenheiten auf. Sie gehen ganz buchstäblich von der Tatsache aus, dass die Verfassungsstrukturen der transnationalen Konstellation heutzutage maßgeblich durch Gerichtsentscheidungen hergestellt werden. Diese Entscheidungen bieten Gelegenheiten, ein anderes Urteil über den Umgang mit externen normativen Ansprüchen zu treffen. Dabei ist es sicherlich richtig und wichtig, die ideologischen Orientierungen, die in diesen Urteilen zum Tragen kommen, zu unterscheiden und zu kritisieren.² Aber den fraglichen Einstellungen und Mentalitäten des juristischen Berufsstandes voraus liegen (oder zumindest ein zentraler Bestandteil desselben sind) die Techniken, die jene normativen Interaktionen formieren und prägen. Diese konkreten Entgrenzungsformen sind als das zu diskutieren und zu kritisieren, was sie sind: die Möglichkeiten und Grenzen demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation.

- 2 Vgl. zur Unterscheidung von *Managerial* und *Constitutional Mindset* Koskeniemi (2007), Brunkhorst (2014). Ersteres ist von vermeintlich objektiven Werten geleitet, zweiteres schließt an Forderungen demokratischer Allgemeinheit an.

Ein Ausstieg aus der Politik der Form, etwa entlang einer Logik der souveränen Ausnahme,³ ist somit nicht erstrebenswert. Mit Blick auf die anhaltenden Debatten um eine Regeneration der staatlichen Handlungskompetenzen gilt es wiederum, nicht Politik gegen Recht auszuspielen, sondern den Prozess transnationaler Rechtserzeugung als ein eigenständiges normatives Phänomen zu behandeln. Es ist deshalb die Aufgabe zukünftiger Untersuchungen und Interventionen, die Formierungen des Rechts daraufhin zu befragen, ob sie aus Rechten Positionen der egalitären Durchbrechung von Herrschaft machen. Die kritische Auseinandersetzung mit der Verhältnismäßigkeit kann für eine solche (andere) Politik der Form als Ausgangspunkt dienen. Denn es müsste sich zuallererst um Techniken handeln, die – gerade entgegen der formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit – normative Positionen hervorbringen können. Sie müssen hinsichtlich der Verstrickungen transnationaler Rechtserzeugung in der Lage sein, zur regelförmigen Ausprägung und so, auch durch die stärkere Berücksichtigung von Normtexten, zur Vorausfestlegung von (Grund-)Rechtspositionen beizutragen: also Entgrenzung sowohl zu forcieren als auch zu strukturieren, um derart ein Potential demokratischer Befähigung zu befestigen. Dieser Suche nach geeigneteren Techniken geht aber in jedem Fall die Einsicht voraus, dass die *Form* der transnationalen Konstellation selbst eine politische ist.

- 3 Im Hinblick auf die Bekämpfung der Corona-Pandemie, aber auch hinsichtlich der gegen die Klimakrise ergriffenen Maßnahmen wurde und wird auf Formulierungen der Ausnahme zurückgegriffen, um gegen den vorrangigen Schutz der Investor:innenrechte andere Normen zur Geltung zu bringen (vgl. für die ersten Forschungsbeiträge in diese Richtung Arato/Claussen/Heath 2020; Côté/Ouellet/Marcoux 2022).